
Rechtswissenschaft ohne reflexiven Habitus?

MARCEL SENN*

Inhaltsverzeichnis

I.	Beitragsziel	913
II.	Überlegungen zum Wissenschaftsbegriff	914
	1. Die drei grundlegenden Fragen	914
	2. Der Standpunkt der Rechtswissenschaft.....	914
	3. Das duale Wissenschaftsverständnis	914
	4. Verirrungen der Rechtswissenschaft	915
	5. Die Begründung der modernen Rechtswissenschaft	915
	6. Was und wozu ist Wissenschaft überhaupt?.....	917
	a) Die Kernfrage	917
	b) Neuere Theorieprodukte	917
	c) Das bedingte Wissen.....	919
	d) Zweck und Methode	920
III.	Die Wissenschaft vom Recht	921
	1. Wozu eine Rechtswissenschaft?.....	921
	2. Kritikpunkte zur Rechtswissenschaft	921
	3. Die Frage nach der Haltung oder dem Habitus	923
	4. Der springende Punkt	926
	5. Fazit.....	928

I. Beitragsziel

In seinem zahlreichen Schrifttum der letzten Jahre hat sich ROLF H. WEBER mehrfach auch mit Fragen der Methoden in der Rechtswissenschaft auseinandergesetzt.¹ Diese Fragen hat er im Kontext der jüngsten methodologischen Debatten, insbesondere betreffend die allgemein überschätzte systemtheoreti-

* Ich danke meinen beiden Assistierenden lic. iur. MIHAI VLADESCU und lic. iur. BARBARA FRITSCHI für das kritische Korrekturlesen und die Unterstützung bei der Materialsuche.

¹ ROLF H. WEBER, Strukturations- und Steuerungstheorie als „Ordnungshilfen“ im Informationsrecht, Rechtstheorie, Band 40, Berlin 2009, 516-532; DERS., Methodenlehre und Kartellrecht, in: Rolf H. Weber/Andreas Heinemann/Hans-Ueli Vogt, Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Symposium zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Roger Zäch, Bern 2009, 1-41; DERS., Social Contract for the Internet Community? Historical and Philosophical Theories as Basis for the Inclusion of Civil Society in Internet Governance?, script-ed 1. Ausgabe 2009, 90-105; DERS., Selbstregulierung und Selbstorganisation bei den elektronischen Medien, in medialex 2004, 211-217; DERS., Recht und Idee, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Alfred Koller/Jörg Schmid/Hubert Stöckli, Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, 313-325.

sche Argumentation, auf Grundlagenaspekte der juristischen Wissenschaftsdisziplin zurückzuführen versucht.

Im Folgenden möchte ich an diesen Punkt anknüpfen und die nachstehenden Gedankengänge skizzieren. Was ich hier allerdings leisten kann, ist zum vorneherein begrenzt. Es geht somit vorerst einmal um eine grundsätzliche *Standpunktklärung*, sodann um eine *Standpunkterklärung* zum Grundlagenproblem der Wissenschaft des Rechts, und zwar insbesondere zur Frage, welche Bedeutung der Methode in der Theorie der Rechtswissenschaft überhaupt zukommen kann und soll. Angesichts des skizzenhaften Charakters meiner vorliegenden Ausführungen, die einstweilen als eine erste Annäherung ans Thema zu verstehen sind, handelt es sich folglich um Vorbemerkungen zu einer allenfalls neu zu entwickelnden Theorie betreffend die Methodenfragen in der Rechtswissenschaft.

II. Überlegungen zum Wissenschaftsbegriff

1. Die drei grundlegenden Fragen

In diesem Kontext sind drei Vorfragen zu stellen: Was und zu welchem Zweck ist Wissenschaft an sich, ferner, wie ist spezifisch die Rechtswissenschaft unter diesen beiden Aspekten in wissenschaftstheoretischer Hinsicht zu würdigen?

2. Der Standpunkt der Rechtswissenschaft

Geht man davon aus, dass bezüglich der Beantwortung der zuletzt gestellten Frage, auf die der Komplex der zwei Vorfragen hinausläuft, selbst im Bereich der Rechtswissenschaft Uneinigkeit herrscht, so lässt sich daraus vorweg einmal soviel folgern, dass eine Selbstvergewisserung hinsichtlich der wissenschaftstheoretischen Konsistenz auch aus Sicht der Disziplin selbst nottut. Der zentrale Aspekt der Uneinigkeit lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass die Rechtswissenschaft betreffend ihre methodologische Qualität nicht über alle Zweifel erhaben, in jedem Fall aber mit der wissenschaftstheoretischen Qualität der Naturwissenschaften nicht zu vergleichen sei.

3. Das duale Wissenschaftsverständnis

Der kritische Punkt in dieser Diskussion war und ist die historisch gewachsene Segmentierung der Wissenschaft in eine einerseits konsistentere bzw. strengere und andererseits in eine diskursivere bzw. offenere Form der „Schaffung von sicherem Wissen“. Diese Herangehensweise führte in der Folge zur Trennung der Wissenschaft in zwei Bereiche, denen seither ein je

unterschiedlicher Gütewert beigemessen wurde und wird. Zunächst etablierte sich diese Unterscheidung im dualen Modell von physikalischen und moralischen Wissenschaftsfeldern im ausgehenden 17. Jahrhundert,² im 19. und frühen 20. Jahrhundert schliesslich in der Unterscheidung von Naturwissenschaften auf der einen und Geistes- bzw. Kulturwissenschaften auf der anderen Seite.³

4. Verirrungen der Rechtswissenschaft

In diesem Zusammenhang lässt sich allerdings auch ohne Weiteres feststellen, dass die Wissenschaft vom Recht, umgetrieben durch die Frage nach ihrer methodologischen Seriosität, unablässig darum bemüht war, sich die Qualität bzw. Seriosität methodischer Zuverlässigkeit durch weitgehende Annäherung an die Methodik der Naturwissenschaften anzueignen. Bisweilen scheute sie auch davor nicht zurück, sich naturwissenschaftlichen Methodenprogrammen (oder was man als wissenschaftlich bezeichnete, weil es damals gerade *en vogue* war⁴) zu unterwerfen. Das 17. wie das 19. Jahrhundert liefern hierfür Beispiele genug.⁵ Ein neuester, möglicherweise schon wieder (in der zunehmend kurzlebigen Zeit) verpuffender Trend zeichnete sich im Kontext der grandios selbst inszenierten Debatte der Hirnforschung mit Bezug auf das Recht um die Jahrtausendwende ab.⁶

5. Die Begründung der modernen Rechtswissenschaft

Diese Diskussionen um die methodologische Anschlussfähigkeit sind in unserer Disziplin bereits so alt, wie die – wissenschaftstheoretisch neuzeitlich verfasste – Disziplin selbst, die sich im Übergang vom 17. ins 19. Jahrhundert

² HANS WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl., Göttingen 1962 (ND 1990), 131-134.

³ HANS-PETER HAFERKAMP, *Neukantianismus und Rechtsnaturalismus*, in: Marcel Senn/Dániel Puskás, *Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft*, Kongress der schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 15. und 16. Juni 2007, ARSP Beiheft Nr. 115, Stuttgart 2007, 105-120.

⁴ Dazu zählt der Naturalismus namentlich in den Formen von Sozialdarwinismus, Rassenlehren und Kriminalanthropologie, die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts aufkamen und die ihre "Entfaltung in Gesetzen" in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts erhielten (vgl. dazu MARCEL SENN, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, 377-399, 409 f., 423 f., 427).

⁵ Konkrete Beispiele zum – in Fn. 4 zuvor – erwähnten Naturalismus finden sich in den Kapiteln 2 bis 5 von MARCEL SENN/LUKAS GSCHWEND, *Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010.

⁶ Vgl. MARCEL SENN/DÁNIEL PUSKÁS, *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, ARSP Beiheft Nr. 111, Stuttgart 2007; ferner der von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich herausgegebene Band: *Hirnforschung – Chancen und Risiken für das Recht*, Zürich/Basel/Genf 2008, mit den Beiträgen von Marcel Senn, Daniel Hell, Grischa Merkel/Gerhard Roth und Brigitte Tag.

entwickelt und im Zeichen des wissenschaftlichen Positivismus gefestigt hatte. JAN SCHRÖDER hat diesen Übergang von der Jurisprudenz zur modernen formalen Rechtswissenschaft historisch kenntnisreich nachgezeichnet und gezeigt, dass sich dieser Vorgang durch eine zunehmende Formalisierung des Rechts unter engeren methodischen Aspekten ergeben hatte. Zur Erreichung dieses Zweckes wurde die dritte Stufe innerhalb der klassischen naturrechtlichen Normtrias, das positive Recht der späten Vernunftrechtsepoche des 18. Jahrhunderts, heraus gelöst und verselbstständigt.⁷

In dem Sinne entwickelte sich unsere Wissenschaft von einer *Jurisprudencia* zur modernen formalmethodologischen *Rechtswissenschaft*. Die Jurisprudenz präsentierte sich noch im 18. Jahrhundert ebenso diskursiv wie lebenspraktisch in ihren Argumentationen. Sie setzte sich anhand von Texten, insbesondere aus der Antike, der Bibel und des zeitgenössischen Schrifttums, disputierfreudig mit ethischen sowie politischen Grundfragen des Rechts auseinander, soweit dies aus damaliger staats- und konfessionspolitischer Sicht überhaupt zulässig war. Dieses diskursiv erschaffene Wissen tradierte sie, so dass dadurch ein hermeneutischer Traditionskontext des Rechtsdenkens entstand, innerhalb dessen die Explikation der Methoden gleichsam funktionell „aufgehoben“ war. Dies änderte sich nach 1800 im Zuge der Deontologisierung auch in der Rechtswissenschaft. Sie wurde nun aus ihren metaphysischen und ethischen bzw. politischen Kontexten herausgelöst; im Zuge des (seit den 1830er Jahren) zunehmenden wissenschaftlichen Positivismus⁸ transformierte sie sich schliesslich zu einer formalmethodologisch operierenden Wissenschaft vom Recht. Nach Herauslösung aus den erwähnten Kontexten begann sie eine Wissenschaft des kalkulierbaren Rechts zu werden, die mit ihren abstrakten Rechtsbegriffen Rechnungsspiele zu betreiben imstande war.⁹ Dieses Phänomen des juristischen Rechnungswesens mit Begriffen war zwar schon im Zeitalter des Rationalismus durch die damalige „geometrische Methode“ propagiert worden,¹⁰ doch erst im Zuge der Etablierung des wissenschaftlichen Positivismus ab Mitte des 19. Jahrhunderts voll zum Tragen gelangt; sie fand in der sogenannten Begriffsjurisprudenz ihren konkreten Ausdruck.

Bei genauerer Betrachtung erwies sich indes auch diese Kalkulationskunst mit Begriffen mehr als eine *ars* denn als eine profunde *scientia*. Die mehr oder weniger intelligenten Begriffsspiele mit Elementen des Rechts bedurften in erster Linie des handwerklichen Fleisses und somit einer dogmatischen und systematischen Erfassung des kodifizierten bzw. gesichert tradierten Nor-

⁷ JAN SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft*, München 2001.

⁸ SENN, *Rechtsgeschichte* (Fn. 4), 350 f.

⁹ SENN, *Rechtsgeschichte* (Fn. 4), mit Hinweisen auf SAVIGNY, 333 und auf WINDSCHEID, 346 ff.

¹⁰ WOLFGANG RÖD, *Geometrischer Geist und Naturrecht. Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert*, München 1970.

menkomplexes, mithin des *positiven* Rechts. Nicht zu Unrecht musste da ein leiser Selbstzweifel kritischen Geistes auch bei den qualitätsbewussten Juristen bestehen bleiben, ob solche begriffliche Spielartigkeiten „letztlich“ doch eine Wissenschaft vom Recht abgeben könnten, die einem strengen Wissenschaftlichkeitsbegriff genüge. Diese Selbstzweifel konnten und können als ein Ausdruck eines wissenschaftstheoretisch schwachen Selbstbewusstseins verstanden werden, der uns zur zentralen Frage führt:

6. Was und wozu ist Wissenschaft überhaupt?

a) Die Kernfrage

Ich denke, dass die entscheidende Kernfrage – unbesehen aller differenten Theoretisierungen einzelner formalmethodologischer Aspekte, die in den vorherigen Jahrhunderten verhandelt und vertieft wurden – stets dieselbe geblieben ist, und, dass diese Frage sich ebenso einfach wie kristallklar im Angesicht ihrer praktischen Umsetzung jeweils stellte bzw. stellt, nämlich: *Was ist eine „sichere“ (also wissenschaftliche) Erkenntnis?* Die Hauptaufgabe jeder Wissenschaftsdisziplin war und ist es somit, ein wissenschaftstheoretisch solides, aber praktisches Wissen zur Verfügung zu stellen.

b) Neuere Theorieprodukte

Erst neuere Theorieprodukte aus dem Wissenschaftsbetrieb des letzten Drittels des 20. Jahrhunderts haben die Möglichkeit, Berechtigung und Bedeutung solcher Fragestellungen selbst in Zweifel gezogen, die während Jahrhunderten nachhaltig diskutiert und damals auch als existenziell erachtet wurden.

Vor dem Hintergrund der im Westen überbordenden Hochkonjunktur nach dem Zweiten Weltkrieg entstand ein Lebensgefühl, das auch die Wissenschaften zu beflügeln begann. Es schien nun plötzlich alles möglich und nichts wirklich relevant. Traditionelle Unterscheidungen und Diskurse wurden zunehmend als wertlos verworfen. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts begann die Wissenschaft mit dem Spiel einer sich inhaltlich selbstzersetzenden Nabelschau in einer gleichzeitig zunehmend design-orientierten Sprachakrobatik. Entsprechend vermochte sich eine wissenschaftliche Avantgarde selbst zu inszenieren und ihre Diskurse als notwendige Bereicherung der Wissenschaften zu suggerieren.

Gewiss lässt sich mein zuvor angegebenes Argument der Dauer bzw. Kontinuität eines Wissenschaftsbetriebs nicht gegen berechtigte Kritik, Einwendungen und auch nicht gegen eine neue Sicht auf die Dinge verwenden, was auch nicht im Geringsten meiner Absicht entspräche, jedoch folgt daraus umgekehrt nicht auch notwendig, dass Unfug oder Nonsens in der Wissenschaft eine Berechtigung erhielten, auch wenn eine Hochkonjunktur eine gün-

stige Zeit für erhöhte Theorieproduktion und neue Trends mit wagemutigen Wissenschaftsansätzen ist.¹¹ Denn es darf ja auch Skepsis dort angemeldet werden, wo der Selbstauftritt einer neuen Sicht dermassen markant und vehement zu Markte getragen wird, als seien alle anderen bzw. bisherigen Argumente und Sichtweisen unwert, und folglich könnte nur die neue Sicht der Dinge die ausschliesslich korrekte und daher bedeutungsvolle sein. Diese Argumentationskünste der Vertreter vornehmlich postmoderner und insbesondere systemtheoretischer Anschauungen kommen meist einer Diffamierungsstrategie gleich, der entschieden zu begegnen ist, und zwar insbesondere dann, wenn sich herausstellt, dass sie selbst eine neue, wenn auch verkappte und unreflektiert selbstwidersprüchliche Form von Metaphysik im Zeitalter des lautstark vertretenen wissenschaftlichen Positivismus darstellen.

Diese Ansätze postmoderner Dekonstruktions- bzw. Systemtheorien versuchten die theoretische Kompetenz aller bisherigen Wissenschaft zu demonstrieren, an deren Ende nichts weiter übrig bleiben sollte als ein äusseres Gehäuse eines ebenso äusseren Beobachters. Diese Ansätze waren und sind, meiner Auffassung nach, jedoch weder an sich neu noch innovativ, auch wenn sie sich selbst entsprechend darstellten.¹² Die Vertreter solcher wissenschaftlicher Strömungen neigten überdies dazu, sich kritischer Reflexion einer Drittposition, die nicht in ihr Theoriedesign passte, zu verschliessen und sich damit der konkreten Verantwortung des wissenschaftlichen Diskurses zu entziehen. Mit dieser Strategie monopolisierten sie geschickt ihren methodischen Zugang als den theoretisch einzig möglichen und behaupteten damit obendrein noch, ein Wissen über das Wissen zu besitzen, das andere gerade nicht hätten. In diesem sich dem intellektuellen Dialog letztlich verweigern-den Ganzheitsanspruch wissenschaftlichen Gebarens verbirgt sich jenes zuvor angedeutete meta-physische Problem. Mit ihrer Auflösungsstrategie der traditionellen gesellschaftskritischen Wissenschaften führte dieses neue Designdenken mit seinem selbstreferentiellen Reduktionismus ebenso rasch wie geradlinig auf einen letzten Referenzpunkt: das grosse System. Dieser letzte, nicht hintergehbare Referenzpunkt ist allerdings nur ein kaschierender Ausdruck für die traditionelle Metapher aller Metaphysik, nämlich „Gott“. Ich möchte betonen, dass ich nichts dagegen einzuwenden hätte, wenn man sich hierauf behaften liesse resp. auf einen Dialog darüber einliesse.¹³ In dieser Theoriestrebigkeit entpuppt sich letztlich nicht viel anderes als die alte The-

¹¹ Was sich regelmässig daran erkennen lässt, dass der Diskurs solange geführt wird, als monetäre Ressourcen der Forschungsgemeinschaft zur Verfügung stehen.

¹² MARCEL SENN, Rechtswissenschaft und Geschichte, in: Stephan Kirste/Michael Anderhalden (Hrsg.), Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften – Innen- und Aussenperspektiven. Der Band erscheint bei Mohr & Siebeck in Tübingen im 2011. Dort unter Ziff. 5 mit zahlreichen Nachweisen.

¹³ Anlässlich eines Vortrags von Luhmann an der Universität Zürich Mitte der neunziger Jahre wurde Luhmann von einem Theologen nach dem metatheoretischen Grund bzw. Gott in seiner Theorie gefragt, worauf er keine Antwort geben wollte.

matik des nominalistischen Voluntarismus¹⁴ und einer Diskussionsrunde, die wir in der Theologie zu Beginn des 14. Jahrhunderts bereits hatten.

Entgegen der Disposition dieses neueren Theoriedesigns ist jedoch gerade nicht die Frage nach der Unmöglichkeit sondern vielmehr nach der Möglichkeit einer nur, aber immerhin kontingenten bzw. provisorischen Perspektive auf „sicheres Wissen“ zu stellen. Die Frage ist in der Weise zu stellen, dass sie uns eine (wenn auch nur) praktikable Sicht der Dinge auf Zeit vermittelt. Wie gesagt, wir wissen, seit wir denken und seit es diese Diskussionen gibt – denn diese Denkfähigkeit war anderen Zeitaltern genauso vertraut wie den wortgewaltigen Theoriedesignern der letzten vierzig Jahre –, dass wir uns wissenschaftstheoretisch letztlich immer im Kreise drehen und weiter drehen, weil wir uns vor dem Fakt des letzten Wissens bzw. des Nichtwissenskönnens, wenn auch nicht notwendig gläubig, so doch faktisch beugen müssen.

c) Das bedingte Wissen

Es gibt jedoch in aller Bescheidenheit noch jene Zwischenphase des Lebens, die wir unbedingt nutzen sollten, nämlich die Phase des denkenden Wissens, das – wohlgemerkt – mit der kaum reflexiven Wissensgesellschaft von Heute wenig gemeinsam hat, denn das Abdriften in den „Enzyklopädismus“, den wir heute beobachten und den wir schon im ausgehenden 18. Jahrhundert hatten, führt tatsächlich ins Nichtwissen,¹⁵ weil man den Begriff für die Sache ob all den Details verliert. Die Suche nach „sicherem“ Wissen war und ist stets auf jene Bereiche begrenzt geblieben, die – auch dies wissen wir seit Generationen – uns nach Massgabe dessen, was wir als „unsere“ Wirklichkeit bezeichnen, zugänglich sind. Mit dieser Grenzziehung muss man sich seit Jahrhunderten (und nicht erst seit den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts) arrangieren, und an diesem Punkt – denke ich – dürften sich also die grossen Wortakrobaten mit den bescheideneren Sprachkünstlern doch auch wieder finden: *Unser Wissen ist – wie wir wissen – bedingt*.

Denn das wissenschaftstheoretische Grundproblem liegt darin, dass wir wissenschaftliches Wissen selbst nicht verabsolutieren können, ohne nicht in die Nähe einer Art von Gläubigkeit zu gelangen, die sich selbstreferenziell bloss bestätigt. Auch sollten wir uns bewusst bleiben, dass der Begriff der Gesetzmässigkeit keine absolute Gewissheit impliziert, denn auch er bezieht sich stets auf einen letztlich ungeklärten Begriff der „Natura“. Durch diesen Rückgriff auf den Begriff der „Natura“ im 17. Jahrhundert entstand erst unsere noch heute geltende Segmentierung der Wissenschaft; in der Fol-

¹⁴ SENN, Rechtsgeschichte (Fn. 4), 172 f.

¹⁵ Vgl. UWE JUSTUS WENZEL, Eine Ausdehnung des Nervensystems. Das Internet als Medium der Bewusstseinsweiterung und als Medium der Bewusstseinsstrübung (NZZ 23.10.2010).

ge wurde und wird dann behauptet, die strengere Wissenschaft sei immer imstande, sichere(re) Erkenntnisse zu liefern als die diskursive, insofern sie sich auf den Begriff der „Natura“ und deren Gesetzmässigkeiten beziehe. Doch dies ist nur beschränkt richtig, wenn etwa von der klassischen Physik gesprochen wird. Ansonsten wird diese Ansicht schon fast (wieder) zu einer Frage des wissenschaftlichen Glaubens. Denn es ist ja hinreichend bekannt, dass selbst die strengere Form der Wissenschaft, wie sie die Naturwissenschaft dem segmentären Modell zufolge repräsentiert, keine „gesetzten“, „fixen“ und „ewigen“ Erkenntnisse produziert. So schmerzlich, ja vielleicht gar demütigend diese Einsicht ist, so eindeutig ist aber dieser Befund in Anbetracht der grundlegenden Fragestellungen aller Wissenschaften, wie diese sich insbesondere mit Bezug auf den Begriff des Lebens zwischen Astronomie, Biologie und Physik heute stellen.¹⁶ Es zeigt sich somit, dass die scheinbar so „sicheren“ Wissenschaften mit der Diskursfähigkeit der offeneren Wissenschaften¹⁷ notgedrungen kooperieren müssen. Dann können sich die neueren Theorieprodukte immerhin dies zu Gute halten, dass sie zwischen den segmentären Wissenschaften eine Beschleunigung der Kommunikation bewirkt hätten.

d) Zweck und Methode

Im Sinne der vorgenannten Kernfrage liesse sich nun folgern: Die wissenschaftliche Sicherheit sei das Ergebnis aus drei Faktoren, nämlich der methodischen Transparenz, der Verdichtung der Vielfalt der Beitragsmöglichkeiten zur Problemstellung sowie der Offenheit gegenüber grundlegenden Kritiken. Mit diesen drei Faktoren wären somit gewährleistet: durch die methodische Transparenz der Nachvollzug der einzelnen Schritte im Prozess der Wissensbildung, durch die Verdichtung der Vielfalt möglicher Beiträge zu einer Problemstellung die inhaltliche Breite von Antwortmöglichkeiten und durch die Offenheit gegenüber Kritiken die Konsistenz der Wissensbildung. Der Zweck aller Wissenschaft liegt somit darin, „sicheres“, im Sinne von möglichem, wenn auch bedingtem (also nicht ewigem), doch praktikablem Wissen zu schaffen. Diese immanente Zweckbestimmung kann und soll daher die Methode einer Wissenschaft ebenfalls definieren.

¹⁶ Als Referenz seien hier die klugen und weitsichtigen Beiträge des emeritierten Baseler Professors für Bio-Chemie, GOTTFRIED SCHATZ, genannt, die u.a. in der NZZ erscheinen, wie zuletzt (in Anspielung auf Arthur Schnitzler): Das weite Land (NZZ 8.12.2010).

¹⁷ Vgl. dazu zuvor unter Ziff. II.3.

III. Die Wissenschaft vom Recht

1. Wozu eine Rechtswissenschaft?

Nach heutiger Sprachregelung können wir sagen: Das Recht setze sich mit dem Regelungsbedarf von Gesellschaft und Staat auseinander, und das Wissen darüber sei, sofern es nur gründlich gesichert erscheine, die Wissenschaft davon. Die Wissenschaft vom Recht muss die drei vorerwähnten Begriffe von Recht, Gesellschaft und Staat, die zwar je Verschiedenes bedeuten, jedoch untrennbar, das heisst notwendig miteinander verbunden sind, auch in ein und demselben theoretischen Gedankenschritt in *einem* Begriff vergegenwärtigen. Diese sind dann in ihrem grundlegenden Verhältnis zueinander *als ihre Einheit* zu begreifen. Das heisst, die methodologischen Elemente der Nachvollziehbarkeit, Vielfalt und Offenheit müssen daher auch in ihrem Begriff von Recht, Gesellschaft und Staat konkret präsent sein.

Daher kann es sich bei der Bildung der Rechtswissenschaft auch nicht alleine (wie dies aktueller Auffassung noch entspricht) um eine äussere Begrifflichkeit von bloss theoretischer Relevanz handeln, die sich im Sinne einer *l'art pour l'art* selbst nur zum Gegenstande nimmt, sondern sie muss zentral ein konkretes, wenn auch bedingtes Wissen über diesen grundlegenden Funktionszusammenhang von Recht, Gesellschaft und Staat und seiner Bedeutung für uns Menschen und Bürger zu der Zeit, in der wir leben, haben. Es nützt wenig oder nichts, diese Begriffe als blosse Konstrukte zu sehen, was sie zwar *auch* sind – doch dies besagt rein in historischer Sicht nur *etwas* –, denn in ihrer Konstruktivität und Relationalität sind sie in praxi stets *wesentlich*, insofern sie konkrete Auswirkungen auf die Menschen und ihre Institutionen zeitigen.

2. Kritikpunkte zur Rechtswissenschaft

Es ist, wie es immer war und weiterhin sein wird, dass sich auch im wissenschaftstheoretischen Diskurs manche Modetrends in den Vordergrund schieben und manch andere, substanziellere Denkformen mit kritischem Potenzial verdrängen. Einen solchen Vorgang hat jüngst RALF POSCHER mit Bezug auf ein „Phantom“ der sogenannten „Prinzipientheorieindustrie“ des (durchaus zu Recht hoch geachteten) ROBERT ALEXY ausgemacht.¹⁸ POSCHER erklärt, wie Alexy mit einem Stab von Gefolgsleuten eine Prinzipientheorie der Grundrechte in Abgrenzung zum Positivismus angelsächsischer Provenienz zu etablieren versuchte und sich hierbei in überflüssige Differenzierungen verstiegen hatte. Dagegen macht POSCHER zu Recht geltend, dass die traditionelle Rede von Rechtsprinzipien weiterhin durchaus Sinn mache, doch dass es dabei

¹⁸ RALF POSCHER, Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, in Rechtswissenschaft, Heft 4 2010, 349-372.

nicht um Optimierung (resp. Ausdifferenzierung) gehen könne, sondern schlicht um deren faktische Beachtung in der Praxis.¹⁹ Denn der Unterschied eben liege darin, dass das Feld der Rechts Theorie oder Rechtsphilosophie nicht mit demjenigen der konkreten dogmatischen Arbeit in der Praxis zu verwechseln sei.

Damit gelangen wir wieder zurück auf den Boden der Gerechtigkeitsdiskussion, den wir Ende des 18. Jahrhunderts zwecks methodologischer Rettung der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz als Rechtswissenschaft zu verlassen hatten, und zwischenzeitlich doch einsehen mussten, dass diese formalisierte Wissenschaft vom Recht nur um den Preis der Aufgabe ihres zentralen Anliegens, der Frage nach dem Recht, zu haben gewesen war.

1978 hat der schottische Rechtsprofessor und Europapolitiker NEIL MACCORMICK diese Problematik mit Bezug auf das „alte“ Verhältnis von naturrechtlicher und positivistischer Argumentation in mehr oder weniger analogen Worten wie neuerdings POSCHER als einen Streit um die Prinzipienfrage und ihre dogmatisch-praktische Ausdifferenzierung beschrieben.²⁰ 2009 hat, GÜNTER HAGER diese Problemstellung nun aus der Perspektive des Richters weiter verfolgt, insofern das Richterrecht auch im kontinentaleuropäischen Raum der Kodifikationen immer grösseres Gewicht in der Gestaltung des Rechts (also nicht nur des einzelnen Rechtsfalles) erhält, und der Richter daher sich immer wieder vor die ganz grundsätzlichen Fragen gestellt sehe, wie das Verhältnis eines konkreten Problems im Angesicht des Rechts überhaupt zu beurteilen sei. Ungeniert thematisiert HAGER die personalen Voraussetzungen des guten Juristen,²¹ wie dies bereits im Zeitalter des Humanismus der Fall gewesen war, dass nämlich nicht nur intellektuelle, sondern ebenso charakterliche Qualitäten die personalen Voraussetzungen ausmachen.²² Hieraus lassen sich nach HAGER „Folgerungen für die Rechtsmethode“ ziehen, dass Gesetze aus ihrem Kontext heraus zu interpretieren sind – wie dies schon der römische Jurist CELSUS für die seinerzeitige Juristenausbildung formuliert hatte²³ –, der sich heute aus übergeordneten Verfassungs- resp. Grundrechts- und Menschenrechtsnormen²⁴ resp. – so würde ich gerne zusätzlich ergänzen – den dazugehörigen Diskursen ergibt. Nicht, dass diese Diskurse selbst normative Qualität hätten, aber sie fördern doch das Bewusstsein für das Grundproblem. Denn solche Diskurse sind durchaus nützlich und deshalb werden sie immer wieder politisch wie wissenschaftlich zu unterbinden bzw. zu desavouieren versucht, weil sie das Argumentationskorsett einer bestimmten Ab-

¹⁹ POSCHER (Fn. 18), 370 ff.

²⁰ NEIL MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford 1978 (rev. Ed. 1994), 61–63.

²¹ GÜNTER HAGER, *Rechtsmethoden in Europa*, Tübingen 2009, 296 ff., 328 f.

²² Vgl. dazu SENN, *Rechtsgeschichte* (Fn. 4), 197–207.

²³ CELSUS D. 1, 3, 17 ff.: *Scire leges non est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem*.

²⁴ HAGER (Fn. 21), 320 ff.

sicht stören. Solche Diskurse haben ihr Vorbild in Sophokles' Dramaturgie der Rede zwischen Antigone und Kreon, deren Hauptziel die Abwehr von empörendem Unrecht in der Ausgestaltung von vermeintlich staatlichem Recht war bzw. ist.²⁵ Wieviel schliesslich für solche Diskurse von PLATON und ARISTOTELES noch heute gelernt werden kann, hat ADA NESCHKE-HENTSCHKE in ihrem Werk immer wieder aufgezeigt,²⁶ und dies soll anhand von ARISTOTELES für unser Thema nun entwickelt werden.

3. Die Frage nach der Haltung oder dem Habitus

Diese neuen Diskurse sind so alt wie das Grundthema „Wissenschaft“ selbst, das hier zu verhandeln ist. Kein Geringerer als ARISTOTELES hat in seiner *Nikomachischen Ethik* auf den entscheidenden Punkt in solchen Diskursen hingewiesen, nämlich auf die Frage nach der Grundhaltung, dem „Habitus“,²⁷ die im Leben wie in der Wissenschaft zu gelten habe. Damit hat er in Bezug auf die Wissenschaft auch die Bedeutung der Methodik ins rechte Licht gestellt. Es ist eine oft überlesene Stelle im zweiten Kapitel der *Nikomachischen Ethik* betreffend den Habitus des Wählens und des Handelns als einer Tugend.²⁸ Übersehen wird diese Stelle wohl meist deshalb, weil wir seit der Einführung der positivistischen Lesart im modernen Wissenschaftsbetrieb und aufgrund des konsentierten neukantianischen Wissenschaftsverständnisses seit zweihundert Jahren verneinen, Textstellen über die Tugend gingen uns heute nichts (mehr) an. Wie problematisch solche Lesart freilich ist, zeigt sich gerade betreffend das Verständnis der Ausführungen von ARISTOTELES zur Grundlegung der Wissenschaften.²⁹

Mit Bezug auf Vernunft, Verstand und Wissenschaft hat ARISTOTELES ausgeführt, dass es keine freie Willenswahl gebe, ohne dass das Denken einerseits und der Habitus andererseits – als jeweils bewusste Haltung des Individuums im Umgang mit seiner Freiheit und Verantwortung – bewusst in den Entscheidungsprozess eingebracht werden,³⁰ und dass „Wissenschaft“ über-

²⁵ HAGER (Fn. 21), 333 f.

²⁶ Hierzu ein Beispiel aus dem reichhaltigen Oeuvre ADA NESCHKE-HENTSCHKE, *Politik und Philosophie bei Plato und Aristoteles*, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2004.

²⁷ Es geht hier um einen Begriff des Habitus mit Sicht auf das autonom denkende und handelnde Individuum, der sich postmodernen Ansätzen etwa von Pierre Bourdieu (1982, 1997) entgegenstellt, wonach unter einem Habitus ein Anpassungsprozess sozialer Milieus an die Lebensweise der herrschenden Klassen zu verstehen wäre.

²⁸ ARISTOTELES, *Nikomachische Ethik*, auf der Grundlage der Übersetzung von Eugen Rolfes, hrsg. v. Günther Bien, 4. Aufl., Hamburg 1985. Diese Stelle findet sich (nach der Zählung Bekkers) zwischen 1105a 25 und 1106a 30 dargelegt.

²⁹ Wie verheerend sich solch ahistorische Sichtweise auswirkt, zeigt das triviale Verständnis der Juristen von Hegels Rechtsphilosophie: Sie schliessen den Begriff der Sitte als „Nicht-Recht“ aus (vgl. dazu MARCEL SENN, «Gefährlichkeit» – strafrechtshistorisch begriffen, in: Jürg-Beat Ackermann/Andreas Donatsch/Jörg Rehberg, *Wirtschaft und Strafrecht. Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag*, Zürich/Basel/Genf 2001, 27–42).

³⁰ ARISTOTELES (Fn. 28), 1139a 31–35.

haupt nur da möglich sei, wo eine bestimmte Überzeugung vorhanden sei und man Prinzipien kenne, denn sonst bliebe alles Wissen bloss zufällig.³¹

Um diesen Habitus zu erlangen und zu erhalten, sei es daher grundlegend, sich eine entsprechend ausgeglichene und dauerhafte Tüchtigkeit im bewussten Umgang mit seiner Freiheit und Verantwortung im und fürs Denken zu erwerben. Das ist eine typische Feststellung, wie sie für alle bedeutenden Philosophien der damaligen Achsenzeit im Grunde genommen zutrifft,³² sei sie diejenige von SIDDHARTA GAUTAMA (BUDDHA), KUNG-TSE (KONFUZIUS), LAO-TSE (vielfach erachtet als der Begründer des Daoismus, doch keine historisch verbürgte Person), SOKRATES, PLATON und ARISTOTELES, ja die sich auch in der Grundhaltung von Jesus' Lehre wiederfindet. Sie alle strebten mit ihrem Habitus-Denken damals eine Reduktion der Vielfalt von intransparenten und zum Teil auch von unsinnig gewordenen Moralregeln an. Die sich ergebenden praktischen Fragen sollten aus einer ethischen Grundeinstellung zum Leben jeweils konkret beantwortet werden. Nicht tausend verschiedene Vorschriften, sondern eine Haltung zur Sache selbst sollte angestrebt werden. Und mit Blick auf Fragen des Rechts betreffend das gesellschaftliche Zusammenleben standen im Zentrum dieses Denkens nicht formalmethodologische Diskurse über Form von Recht und Gesetz, sondern Parabeln über das richtige Verhalten als weise Menschen. Doch das kann nicht wundern, denn auch der Rechtsbegriff entsprach damals nicht unseren Vorstellungen.

Wir trennen zwischen Sozial- und Rechtsnormen und zwar notgedrungen, insoweit wir der Ende des 18. Jahrhunderts im Westen eingeführten Dichotomie von Recht und Sitte folgen. Dies halten wir bis heute für klug. Diese Trennung machte Ende des 18. Jahrhunderts in einer noch festgefügt Welt auch durchaus Sinn, weil sie einerseits in der theoretischen Diskussion eine Entlastung von diskursiven Elementen religiöser und moralischer Art und somit kurzfristig eine Objektivierungsmöglichkeit mit sich brachte, und andererseits dadurch eine formale Sicherheit für Verfahren und Ergebnis erzeugte. Dieser zweite Aspekt wurde im frühen 19. Jahrhundert aber dermassen dominant, dass „materialethische“ Elemente in der Diskussion verboten waren.³³ Diese Verschärfung war allerdings auch eine Folge der totalen Revolution der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nach 1800 gewesen, die damals einen formalen Freiheitsbegriff propagiert hatten.³⁴ Diese Denkweise konnte siebzig Jahre später freilich nochmals guten Sinn machen, wenn man sich vergegenwärtigt, welch haarsträubende Naturalismen sich über – damals *nota bene* für Wissenschaft ausgegebene – Anschauungen von Sozialdarwi-

³¹ ARISTOTELES (Fn. 28), 1139b 33 ff.

³² ELMAR HOLENSTEIN, Philosophie-Atlas. Orte und Wege des Denkens, Zürich 2004, 62 f. beruhend auf Modell-Überlegungen von Hegel und Jaspers.

³³ Vgl. dazu WELZELS Werk erwähnt in Fn. 2 zuvor.

³⁴ SENN, Rechtsgeschichte (Fn. 4), 355 ff.

nismus, Kriminalanthropologie und Rassenlehren in die als seriös geltende positivistische Wissenschaft eingeschlichen hatten und hernach noch von zwei oder drei Generationen gepflegt wurden.

Doch die Geschichte des Rechts belegt umgekehrt auch, dass die Engführung auf einen Formalaspekt des Rechts mehr zu einer Austrocknung des Rechts auf ein dürres Begriffsgezweige oder einen schieren Funktionalismus hinführte, und diese Einführung das Recht dennoch nicht vor einer Bemächtigung durch weltanschauliche Infiltrationen schützen konnte.³⁵ Der Wille zum Glauben in den institutionellen Funktionalismus und in eine ausdifferenzierende Dogmatik vermöchte auf einer theoretischen Ebene die praktischen Fragen des Rechts, wenn nicht vollständig, so doch grundsätzlich zu lösen, erwies sich bald als oberflächlicher Irrtum.

Was die Menschen direkt und alltäglich angeht, löst indessen keine Theorie. Es bedarf – wie dies HAGER schon zuvor auf den Punkt brachte – eines persönlichen Engagements, sich für das Rechte anwaltlich und richterlich einzusetzen. Erforderlich wäre, woran es meistens mangelt, konkrete Zivilcourage. Zu oft jedoch steigt die intellektuelle Elite in abstrakte Höhen des Theoretisierens, das selbst nicht einmal in theoretischer, geschweige in praktischer Hinsicht zu befriedigen vermag, und gleichzeitig gefällt sich diese Elite in der Pflege eines Legalismus und konkurriert darin, sich möglichst systemkompatibel zu verhalten.

Die Macht der Rechtsphilosophie besteht nicht in formalmethodologischen Wortspaltereien, sondern darin, dass sie aus der mitmenschlichen Betroffenheit heraus eine engagierte, kritische Denkweise einfordert. Denn die zentrale Frage aller Rechtswissenschaft war und ist die Frage nach der Gerechtigkeit, der letztlich der Raum zu gewähren ist, der diesem Grundthema gebührt.³⁶ Die Frage nach Gerechtigkeit ist die intellektuelle Möglichkeit der Infragestellung des Rechts und seiner Grundlagen und deswegen gerade nicht auch eine positive Theorie der Gerechtigkeit.³⁷ Erst mit dieser Denkweise wird dem reflexiven Habitus der Rechtswissenschaft voll Rechnung getragen.

Im berühmten fünften Buch über die Gerechtigkeit hat ARISTOTELES sodann gezeigt, wie sich diese Grundeinstellung in Anbetracht der konkreten Handlungen nach Massgabe des Entscheidungsmusters von „gerecht/ungerecht“ äussert.³⁸ Das ist, wie gesagt, eine Grundeinstellung, die weit von der heutigen Auffassung entfernt liegt, wonach sich Wissenschaft alleine in formalmethodologischen Kriterien äussere, weshalb Grundsatzfragen nach

³⁵ Zu denken ist im 20. Jahrhundert an Faschismus, Nationalsozialismus, Sowjet- und Sino-marxismus.

³⁶ Darin läge auch eine Differenzierungsmöglichkeit (nicht -notwendigkeit) zwischen einer universitären und einer fachhochschulischen Ausbildung.

³⁷ So müsste z.B. die Rechtslehre Hegels gelesen und verstanden werden, weil sie alles andere als eine Theorie des Rechts ist.

³⁸ ARISTOTELES (Fn. 28), 1129a.

der „Haltung“ entschieden abzuweisen seien, insofern sie keine methodisch saubere, auf Kriterien von „richtig/falsch“ abgestützte Argumentation ermöglichen. Dagegen ist zu halten, dass die Frage, die sich in diesem Kontext wirklich stellen muss, nicht länger diejenige ist, ob sich die Wissenschaft einen Habitus leisten will oder nicht, weil die Antwort darauf aus der Wissenschaftssoziologie schon längst klar erteilt ist: Wir leisten uns einen Habitus immer schon. Die Frage ist nur, was wir davon im Hinblick auf die geforderte Transparenz offenlegen (wollen) oder nicht.

4. Der springende Punkt

Gehaltvolle Diskurse, wie sie Antigone mit Kreon betreffend die Frage nach der Gerechtigkeit einst führte, bleiben einem postmodernen bzw. insbesondere systemtheoretischen Verständnis zufolge als irrelevante oder gar unsinnige Geräusche – statt als ereignismotivierte Gespräche unter autonomen Menschen – ausser Relevanz. Hier liegt denn auch der springende Differenzpunkt für mich zwischen dem hier vertretenen Ansatz und demjenigen einer Systemtheorie im Sinne von NIKLAS LUHMANN hinsichtlich der Frage, welche Bedeutung dem Menschen und seiner Entscheidungsautonomie letztlich wissenschaftlich beizumessen sei.

LUHMANN weist den Ausdruck „Mensch“ als einen Einheitsbegriff zurück und löst ihn – zumindest in seinen späteren Schriften – in autopoietisch operierende Systemkomponenten auf.³⁹ Darin erweist er sich allerdings einem „totalen“ Ansatz eines Verwaltungsorganisationsdenkens – er nennt es Systemdenken – verpflichtet, das den Menschen nach Komponenten und Funktionen ansieht. Auch der Begriff der Person wird einzig aus dem Blickwinkel eines Verwalters eines Organisationsregimes gesehen: die Person sei eine „soziale Adresse der Kommunikation“.⁴⁰ Dass solche Kommunikation nicht einen menschlichen Dialog auf der Grundlage der Fairness darstellt, darüber hat sich JÜRGEN HABERMAS mit LUHMANN bekanntlich auseinandergesetzt. LUHMANNs ambivalentes Vokabular vermag dies vielleicht zu beschönigen, aber nicht analytisch zu bereinigen.⁴¹ Ich versuche diese Kritik nun noch zu konkretisieren.

Gemäss Konstruktionsplan der autopoietisch operierenden Systeme aus dem Geiste seines Schöpfers Niklas ist die strukturbildende Operation der Exklusion und Inklusion unabdingbar. Das heisst, diese Systeme werden mittels Öffnungen bzw. Schliessungen sowohl gegen „Innen“ wie gegen „Aussen“ gebildet. In dieser Allgemeinheit und Abstraktionshöhe erscheint diese Erklä-

³⁹ Vgl. dazu DETLEF KRAUSE, *Luhmann-Lexikon*, 3. Aufl., Stuttgart 2001, 172 f.

⁴⁰ Vgl. dazu KRAUSE (Fn. 39), 184.

⁴¹ Es wäre wohl interessant zu wissen, wie autoritäre Regimes mit Luhmanns Systemtheorie umzugehen verstehen, und welche Stellung Luhmann diesbezüglich konkret eingenommen hat. Aus der Sicht der Systemtheorie spielt dies „natürlich“ keine Rolle.

rung auch plausibel. Versucht man dann aber herauszufinden, wie sich dieses Differenzierungstheorem der Inklusion/Exklusion⁴² bei LUHMANN „historisch“ entwickelt hat, so verunklart sich schnell der Ursprung der systemischen Logik, und man nimmt nicht ohne Staunen ein recht „wildes“ Entstehungsgeraune wahr. Dabei zeigt sich, dass die wissenschaftstechnokratische Sprache sich auch ganz gerne einmal mit einem trivialen Ausdruck paart.

TALCOTT PARSONS, auf den sich LUHMANN öfters bezieht, hat das Begriffspaar in seine Version einer Systemtheorie in der zweiten Hälfte der sechziger Jahre eingeführt. Gleichzeitig wurde es auch in der französischen Sozialtheorie häufiger verwendet, allerdings durch Rückgriff in der Binnen-tradition auf ÉMILE DURKHEIM, somit in anderer Konnotation. Das Begriffspaar lag somit rezeptionsbereit. Dennoch erscheint es als Theorem bei LUHMANN nicht vor 1980; 1995 hat er ihm durch einen eigenen Beitrag volle Aufmerksamkeit zugewandt.⁴³ Zwischen diesen offiziellen Strängen der Wissenschaft schiebt sich jedoch noch ein weiterer, bemerkenswerter Strang, den LUHMANN auch rezipiert hat, doch auf seine Art vernebelt.

1980 fand in Acapulco, Mexico, der *International Congress on Applied Systems Research and Cybernetics* statt, dessen Ergebnisse im Folgejahr in sechs Volumen publik wurden. Im zweiten Band findet sich ein Aufsatz von RANULPH GLANVILLE und FRANCISCO VARELA. Der Aufsatz trug den Titel: *Your inside is out and your outside is in*.⁴⁴ Die Autoren beschreiben darin das Begriffspaar der Intension und Extension unter Bezug auf GEORGE SPENCER BROWN gemäss dessen Hauptwerk: *The Form of Laws* von 1969. In klaren Worten bringen sie das Verhältnis von Selbst- und Aussenbeobachtung auf den Punkt und erklären nachvollziehbar, dass sich „Innen“ und „Aussen“-Sichtweisen aufheben. An diesem Punkt zitieren sie die Zeile, die den Titel ihres Beitrags abgibt, und ergänzen im Titel – in Klammern – die unwissenschaftliche Urheberchaft, nämlich die „Beatles, 1968“. Die Grundlage dieses Differenzierungstheorems von „innen/aussen“ bildete nämlich der jene Zeile enthaltende Beatles-Song „Everybody’s got something to hide except [for] me and my monkey“⁴⁵ aus dem weltberühmten „White Double-Album“, das

⁴² SINA FRAZIN, Sichtbarkeit durch Unsichtbarkeit. Die Rhetorik der Exklusion in der Systemtheorie Niklas Luhmanns, *Soziale Systeme* 14 (2008), 191-209.

⁴³ NIKLAS LUHMANN, Inklusion und Exklusion, in: ders., *Soziologische Aufklärung* 6. Die Soziologie und der Mensch, Opladen 1995, 237-264.

⁴⁴ RANULPH GLANVILLE/FRANCISCO VARELA, „Your inside is out and your outside is in“. (Beatles, [1968]), in: George Eric Lasker, *Applied systems and cybernetics*, Vol. II: *Systems Concepts, Models and Methodology*, New York u.a., 1981, 638-641.

⁴⁵ Das Lied, auf das sich die beiden Autoren beziehen, stammte aus der Feder von JOHN LENNON, der darin sein Verhältnis zu seiner damaligen Geliebten YOKO ONO besang. Die Grundaussage war einfach, um nicht zu sagen, trivial, nämlich: Wir zwei haben nichts zu verbergen, doch die Leute sehen nicht, wer wir wirklich sind, und halten das Äussere für das Innere. Lennon mokierte sich also darüber, wie Unbedeutendes bedeutend wird, und das Wesentliche – die Liebe – vergessen geht. Es liesse sich ergänzen: Dieses Innen/Aussen-

im November 1968 erschienen war, und von dem sich mit Fug sagen lässt, dass es seinerzeit sehr viele Menschen – auch Gelehrte – sehr wohl kannten.

LUHMANN nun nimmt auf diesen Beitrag von GLANVILLE/VARELA in seinem Beitrag „Ökologie des Nichtwissens“, den er in „Beobachtungen der Moderne“ 1992 veröffentlicht (wiederveröffentlicht 2006) am Ende Bezug und zwar im Kontext einer allgemeinen Rechtfertigung seiner Systemtheorie, wobei er Browns Opus in einer Neuedition von 1979 (!) zitiert.⁴⁶ Das Differenzierungstheorem wie übrigens auch das Werk Browns, „The Form of Laws“, bilden in der Folge eine der Hauptstützen der Systemtheorie LUHMANNs ab anfangs der achtziger Jahre. Nun auch verselbstständigt sich dieses Theorem von „Inside“ und „Outside“, das für die LUHMANNSCHE Systemtheorie grundlegend geworden ist, autopoietisch.

Alle diese Stränge sind also in diesem Theorem präsent. Es könnte somit auch ein einfaches Beatles-Lied den Ausgangspunkt des Theorems gebildet haben, was chronologisch sogar die naheliegende Version im Entstehungsgeraune wäre. Den Beleg für die Annahme fänden wir bei LUHMANN allerdings erst 1992. Die Referenz auf diesen Song wäre allerdings auch eine ehrliche Antwort. Denn was das Lied sagt, trifft auch auf LUHMANN selbst zu: Alle haben etwas zu verbergen, auch LUHMANN, und *deshalb* entstehen diese Innen- und Aussenperspektiven auch. Denn – so GLANVILLE und VARELA in ihrem Beitrag – die Doppelung von Innen/Aussen ist künstlich, nicht notwendig. Wie dem auch sei, die Systemtheorie liebt das Spiel mit dem Paradoxen. Und dadurch erzeugt sie ihre Form der Meta-Tautologie, und das scheint sie für viele so spektakulär zu machen, ganz abgesehen davon, dass sie das nur allzu menschliche Bedürfnis nach einer holistischen Erklärung *für alles* mit ihren eliptischen Systemkonstruktionen befriedigt.

5. Fazit

Wenn das Recht, seine Wissenschaft sowie deren Methoden bloße formale Konstrukte blieben, wie behauptet wird, dann endeten alle Bemühungen um das Recht in solch tautologischen Diskursen, die nichts besagen und die man sich in der Tat auch besser (er)sparte. Doch wozu dann noch eine Theorie? Es wäre dann wohl folgerichtiger, auch die Pseudo-Methodologie abzuschaffen.

Bereits vor vierhundert Jahren hat WILLIAM SHAKESPEARE in seinem *Hamlet* dies sarkastisch auf den Punkt gebracht, was von solcher Wissenschaft, die reine Methode bleibt, zu halten ist: *Though this be madness, yet there is method in 't.*⁴⁷ Damit blieben dann wohl tausende von „inside“-igen Seiten, die irritierendes Rauschen auslösen, als letzte Sinnstiftung einer tauto-

Sehen verdoppelt das Ich und gibt ihm ein zusätzliches Gesicht in Form eines Affen („me and my monkey“).

⁴⁶ NIKLAS LUHMANN, *Beobachtungen der Moderne*, Opladen 1992, 214, Anm. 81 und 82.

⁴⁷ SHAKESPEARE, *Hamlet*, 2. Akt, 2. Szene.

logischen Kultur, in der weder Recht noch Mensch eine Relevanz haben, „aussen vor“, und die Zeichenhaftigkeit ihrer Textstrukturen verdampfte im Nichts, woher sie einst auch geräuschevoll kamen.

Doch die Aufgabe der Wissenschaft vom Recht ist es ja gerade nicht, sich diese tautologische Wortakrobatik zu eigen und zu Nutze zu machen, sondern sie hat – solange es noch Menschen gibt, die sie betreiben – den Sinn von Recht in Gesellschaft und Staat als jenen Orten, in denen letztlich das Menschlich-Humane sich ereignen können sollte, zu entwickeln und zu etablieren. Dies wird nicht gelingen, ohne stets einen wachen Geist für die Probleme der eigenen Zeit, einen klaren Intellekt mit deutlicher Sprache und eine gehörige Portion an Zivilcourage zu haben, die nur jenem Habitus entspringen, der uns Menschen, wie ich es sehe, zu dem macht, wozu wir gedacht sind: Eigenständige zu sein, nicht Angepasste.

